**ЛАБОРАТОРНАЯ РАБОТА № 6**

**Передача прав на программное обеспечение по авторскому договору. Продажа экземпляров программного обеспечения.**

Говоря о приобретении прав на программный продукт по авторскому договору, всегда имеют в виду полное или частичное классическое приобретение имущественных прав на него. Такой договор должен соответствовать требованиям закона, поэтому, как правило, он заключается в письменной форме, скрепляется подписями и, при необходимости, печатями сторон. Авторским договором предусматриваются условия использования программы как объекта авторского права, в частности положения, позволяющие:

* тиражировать и распространять ее среди третьих лиц на определенных носителях или сетевыми способами;
* включать программу в неизменном или модифицированном виде в собственные программные продукты;
* сдавать экземпляры программы в прокат;
* осуществлять иные права, названные в числе исключительных авторских прав.

Стороны, как правило, имеют возможность согласовывать пункты такого договора, включая условия о качестве и последствиях несоответствия переданного ПО указанным в договоре требованиям, то есть в общем случае он не является договором присоединения. При подписании такого договора программы нередко передаются в виде исходных кодов, поэтому типичными условиями договоров о передаче прав являются ограничения, связанные с нераспространением переданных технологий и информации, которым стороны присваивают статус коммерческой тайны.

Схема приобретения прав применима как к уже полностью разработанному и протестированному тиражному ПО, так и к программам, которые еще предстоит разработать в соответствии с техническим заданием заказчика. В последнем случае договор о передаче прав включает элементы договора заказа и договора подряда.

Надо отметить, что приобретатель прав на готовую программу обладает довольно ограниченными возможностями по предъявлению претензий по качеству. Он, если об этом нет специальной оговорки в договоре, не может требовать устранения каких-либо недостатков программы после совершения сделки. Поскольку предметом договора является не товар, а права на произведение, художественная, прикладная и потребительская ценность которого для авторского права не имеет никакого значения, все разногласия по качеству программного кода между правообладателем и приобретателем должны быть улажены до подписания акта передачи прав.

Единственное, за что может отвечать правообладатель, это пороки прав. Правообладатель должен гарантировать наличие у него самого необходимого объема прав, а также их лицензионную чистоту. В случае предъявления к приобретателю претензий со стороны третьих лиц, на первоначального правообладателя может быть возложена обязанность компенсировать приобретателю прав понесенные убытки. Договором могут быть предусмотрены иные санкции, а также порядок согласованных действий правообладателя и приобретателя при предъявлении претензий третьими лицами.

С точки зрения налоговых последствий для организаций такие сделки всегда классифицируются как приобретение/реализация имущественных прав, а в случае приобретения исключительных прав последние подлежат постановке на учет в качестве нематериальных активов организации.

Продажа экземпляров программ

Вторая схема - покута экземпляра программы (фактически - коробки с носителем) по договору купли-продажи - альтернатива случаю приобретения имущественных прав на программу. Экземпляры многих программ можно, подобно книгам, приобрести в обычных розничных магазинах. Коробки часто не содержат никаких оберточных лицензий, а если и содержат, то изложенные в них условия не предоставляют пользователю каких-либо прав на тиражирование, распространение или модификацию ПО, то есть, по сути, мало чем отличаются от предусмотренных законодательством правил использования экземпляров программ. В отличие от случаев передачи прав, которые могут носить срочный характер, экземпляр навсегда переходит в собственность покупателя и, соответственно, используется им бессрочно.

Подобным образом распространяются, как правило, недорогие (в среднем стоимостью до 150 долл.) программные продукты делового и домашнего назначения, включая самую массовую категорию программ - компьютерные игры. Для недорогого тиражного ПО производители устанавливают наиболее либеральные правила обращения на рынке, поскольку такие продукты с наименьшими издержками должны дойти до максимального числа конечных потребителей.

Обычно программное обеспечение распространяется правообладателем не самостоятельно, а через сеть дистрибьюторов, дилеров и иных посредников. В отношении ПО, распространяемого по договору купли-продажи, действует уже упоминавшееся правило "первой продажи", согласно которому дальнейшее распространение правомерно введенного в оборот экземпляра программы допускается без согласия правообладателя, то есть без заключения с каждым из посредников каких-либо специальных договоров, санкционирующих перепродажу.

Поставка лицензионной программной продукции конечным пользователям оформляется стандартными товаросопроводительными документами (накладные, счета-фактуры, товарные чеки и т.д.). Достаточно, чтобы такие документы соответствовали общим требованиям, предусмотренным законодательством в области бухгалтерского учета и налогообложения.

Довольно узким местом при поставке на массовый рынок считаются вопросы, связанные с качеством ПО. Сказанное в минимальной степени относится к редким дефектам носителей информации, которые без лишних формальностей обмениваются поставщиками ПО, а касается качества самого программного кода, количество ошибок в котором при всем усердии разработчиков стремится к нулю, но редко с ним на практике сравнивается. Проблемы, однако, возникают не только и не столько из-за недостатков кода, но и из-за разнообразных (иногда малооправданных) ожиданий пользователей относительно функциональных характеристик, которыми, по мнению последних, должен обладать конкретный тиражный программный продукт.

К поставке ПО в полной мере применимы правила, касающиеся качества передаваемого по договору купли-продажи товара.

Прежде всего, товар должен соответствовать стандартам и иным обязательным требованиям к качеству, установленным законодательством. Однако в настоящее время отсутствуют какие-либо обязательные ГОСТы или технические регламенты, устанавливающие требования к характеристикам программного обеспечения.

При отсутствии официально установленных требований к качеству предписывает обращаться к условиям договора купли-продажи - качество передаваемого товара может являться договорным условием. Выше отмечалось, что при продаже недорогих тиражных продуктов как такового согласования и подписания договора между покупателем и поставщиком не происходит. Вместе с тем договорными условиями о качестве при условиях могут быть признаны описания функциональных характеристик программных продуктов в сопроводительных и рекламных материалах, зафиксированные где-либо заявления поставщика о некоторых функциональных возможностях программного продукта, ссылки на результаты обязательной или добровольной сертификации.

Согласно действующему законодательству, программы для ЭВМ и базы данных не подлежат в настоящее время обязательной сертификации. В связи с этим сертификаты соответствия на программные продукты оформляются только в рамках процедур добровольной сертификации. Если разработчик публично декларирует соответствие программного продукта определенным требованиям, в том числе предъявляет добровольно полученные сертификаты соответствия, то несоответствие ПО этим требованиям может повлечь признание поставленного ПО товаром ненадлежащего качества.

Сообщенные покупателем цели, для которых приобретается программный продукт, могут рассматриваться также как договорные условия. В названном случае ПО должно быть полностью пригодно для использования в соответствии с целями приобретения, о которых покупатель заранее поставил в известность продавца.

И наконец, при отсутствии договорных условий о качестве поставляемого товара (или невозможности их однозначно определить), применяется правило, согласно которому поставляемый товар, по крайней мере, должен быть пригоден для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Данное правило, однако, едва ли применимо к программным продуктам. Поскольку на рынке ПО относительно немного взаимозаменяемых продуктов и практически каждая программа обладает набором уникальных свойств, ссылки на некую "программу такого же рода, используемую обычно для тех же целей", маловероятны.

Несколько более строгие требования предъявляются к розничной продаже программных продуктов потребителям - гражданам, которые приобретают экземпляры ПО для личного (домашнего) использования. Наряду с Законом "О защите прав потребителей" при розничной торговле следует руководствоваться "Правилами продажи отдельных видов товаров",. Надо отметить, что при продаже экземпляров программ применяются лишь общие положения Правил, но не специальный раздел XII, который устанавливает особенности продажи аудио- и видеопродукции. Программы экономического и домашнего назначения являются самостоятельным классом объектов авторского права и не относятся к классу "аудиовизуальных произведений" или "фонограмм", поэтому на реализацию экземпляров программной продукции раздел XII Правил не распространяется.

По этой же причине неприменимо к экземплярам программной продукции и "Положение о лицензировании деятельности по воспроизведению (изготовлению экземпляров) аудиовизуальных произведений и фонограмм на любых видах носителей", в соответствии с которым заводы-изготовители аудио- и видеоносителей обязаны получать лицензии. Тиражирование носителей с программными продуктами не относится сегодня к лицензируемым видам деятельности, и номера лицензий производителей на носителях и упаковке могут не указываться.

В отличие от заказного ПО, тиражные программные продукты выпускаются партиями, в пределах которых все экземпляры идентичны, в связи с этим у покупателя, как правило, нет возможности влиять на набор функциональных возможностей и тем более на качество ПО до момента его приобретения и инсталляции. Потребитель может либо купить предлагаемый стандартный продукт, либо отказаться от его приобретения - это своего рода расплата за существенно более низкую, по сравнению с заказным ПО, стоимость продукта. В этих условиях особое значение приобретает достоверность и объем информации, которая позволит ему сделать осознанный выбор в пользу конкретного программного продукта и будет доведена до потребителя в момент совершения сделки.

В настоящее время минимальный набор сведений, наносимых на упаковку экземпляров программ, поступающих в розничную торговлю, должен соответствовать требованиям ГОСТ Р 51121-97 "Товары непродовольственные. Информация для потребителя. Общие требования".

Распространение программных продуктов на условиях стандартных лицензий

Промежуточным способом приобретения программ является приобретение тиражных программных продуктов в форме так называемых стандартных лицензий.

Надо отметить, что в деловой практике термины "программный продукт" и "лицензия" часто отождествляются. И в этом случае под лицензией понимается не традиционный договор о передаче прав на объект интеллектуальной собственности, а стандартизированные наборы условий, определяющих правомочия по использованию экземпляра программы, предлагаемые неопределенному кругу лиц. Как указывалось выше, набор условий может выражаться как в письменном документе (лицензионном соглашении, оберточной лицензии), а также следовать из иных обстоятельств совершения сделки.

Сделки, связанные с использованием программ на условиях стандартных лицензий, по сути своей являются договорами присоединения, так как пользователь не имеет возможности изменять условия такой лицензии, а может либо согласиться с ее условиями в целом, либо отказаться от совершения сделки. Также, поскольку приобрести программный продукт на предлагаемых условиях может любое обратившееся лицо (либо определенный в условиях поставки класс лиц, например образовательные учреждения), стандартные лицензии можно признать публичными договорами.

Вообще же попытки проанализировать все многообразие стандартных лицензий с точки зрения их правовой природы могут вызвать некоторые затруднения в связи с большим количеством разновидностей последних.

Можно, например, выделить класс лицензий с "ограничительными" условиями. В соответствии с ними программные продукты распространяются по льготным ценам или вообще бесплатно. Вместе с тем такие льготные лицензии накладывают на приобретателя определенные ограничения, связанные с использованием и распоряжением экземпляром. В итоге у конечного пользователя оказывается правомочий не больше (а чаще меньше), чем предусмотрено законодательно установленными "правилами по умолчанию". Ограничения можно встретить следующего рода:

* по кругу субъектов, которые могут использовать ПО;
* по возможности дальнейшего распоряжения экземпляром программы;
* по сфере применения ПО (например, только для личного некоммерческого пользования);
* по сроку его использования и др.

В качестве примера льготных стандартных лицензий можно назвать лицензии для образовательных и правительственных учреждений, OEM- лицензии, поставляющиеся исключительно с оборудованием и "привязанные" к нему, NFR (not-for-resale) и бета-версии, распространяющиеся среди партнеров разработчика или в презентационных целях, льготные продукты для пользователей предыдущих версий программы (upgrades). К классу стандартных ограниченных лицензий можно отнести и большинство схем распространения freeware- и shareware-продуктов в Интернете, - как правило, условиями лицензии запрещается использование программ в коммерческой деятельности, дополнительно могут быть установлены ограничения по доступным для данного пользователя функциям или сроку использования экземпляра. Ограничения по сроку или по количеству запусков приложения позволяют также реализовывать такие схемы эксплуатации ПО, как аренда ПО и подписки на ПО (subscriptions).

Другой класс схем лицензирования условно можно назвать "расширенным", поскольку эти лицензии предоставляют конечному пользователю более широкий круг правомочий по сравнению с установленными "правилами по умолчанию".

Одной из разновидностей расширенных лицензий являются пакетные лицензии (volume licenses), на условиях которых обычно поставляется относительно дорогостоящее программное обеспечение делового назначения.

Специфика данной формы поставки предопределена в значительной степени особенностями самих пользователей; как правило, это организации, с юридической точки зрения представляющие собой одно лицо, однако нуждающиеся в автоматизации большого количества рабочих мест своих сотрудников. Как отмечалось выше, при отсутствии специальных установленных правообладателем правил использования экземпляра действует презумпция однопользовательской лицензии, согласно которой организация должна была бы закупить количество экземпляров, соответствующее количеству компьютеров, на которых планируется использовать программу. Очевидной альтернативой закупки многочисленных коробок с дисками на каждое рабочее место является приобретение одного экземпляра с возможностью воспроизведения и использования программы на многих рабочих местах.

В качестве примера можно привести несколько моделей пакетного лицензирования:

1. лицензии по количеству компьютеров - определяется, на каком конкретно количестве компьютеров может использоваться программа; здесь же можно упомянуть неограниченные лицензии, позволяющие использовать программу на всех компьютерах, принадлежащих данной организации, независимо от того, где они находятся;
2. лицензии по количеству сетевых рабочих мест - определяется предельное количество пользователей в сети, которые могут одновременно работать с программой или подключаться к серверу в сети, включая неограниченные лицензии, позволяющие применять программу на всех компьютерах, подключенных к одной локальной сети или к одному сегменту сети;
3. территориально ограниченные лицензии - определяются территориальные границы (например, здание, населенный пункт, регион), в пределах которых программа может свободно использоваться сотрудниками организации; соответственно, для региональных подразделений организации потребуется приобрести аналогичные дополнительные лицензии;
4. персональное лицензирование - допускается открепление лицензий от пула лицензий предприятия для работы сотрудников дома или в командировках; как только человек перестает быть сотрудником данной организации, он теряет право использовать программу. Производными от пакетных лицензий являются схемы так называемого открытого лицензирования (open licenses), заключающиеся в том, что, разместив единовременно крупный заказ на ПО, организация в дальнейшем получает возможность закупать программы с фиксированной скидкой. Некоторые схемы пакетного лицензирования допускают возможность распространения действия лицензий не только на головную компанию, но и на ее аффилированных лиц (дочерних или зависимых компаний, являющихся отдельными юридическими лицами)

Особым типом лицензий с расширенными условиями можно признать лицензии, сопровождающие инструментальные средства разработки ПО и "наборы разработчика" (SDK). Согласно таким лицензиям, пользователям может быть предоставлено право без выплаты дополнительного вознаграждения включать в создаваемые продукты отдельные типовые примеры, подготовленные правообладателем (sample code), и распространять вместе со своими продуктами библиотеки в виде объектного кода или даже сложные "движки" (redistributable components).

Особняком среди стандартных схем распространения тиражных продуктов стоят уже рассматривавшиеся в разделе 2 лицензии на так называемое свободное ПО (free software). Философия свободного программного обеспечения зиждется на четырех основных свободах, которые в привычных юристам терминах можно изложить следующим образом:

* свобода воспроизводить на компьютере и запускать программу для любых целей;
* свобода изучения работы программы и адаптации ее к нуждам пользователя;
* свобода тиражировать и распространять полученные копии свободного ПО;
* свобода улучшать программу, то есть модифицировать ее и распространять в модифицированном виде.

Необходимым условием реализации указанных свобод является доступ к исходным текстам программ. Это означает, что программы, в том числе и модифицированные пользователем, в дальнейшем также должны распространяться с приложением всех исходных текстов. Режим использования таких программ по широте предоставленных имущественных прав чем-то отдаленно напоминает режим произведений, перешедших в общественное достояние.

Однако, поскольку программы могут существовать как в виде открытых исходных текстов, так и в виде исполняемого кода, существует риск присвоения такого "общественного достояния" недобросовестными пользователями. После незначительной переработки и компиляции свободное ПО может быть выдано за их собственные (но уже закрытые) программы, которые такие предприимчивые пользователи могут вводить в коммерческий оборот, например, путем переуступки прав на них (на практике плагиат исходного кода программ очень трудно доказуем). Дабы избежать указанного присвоения, энтузиастами свободного ПО были разработаны стандартные условия, подобные GNU General Public License (GNU GPL). GPL одновременно с предоставлением поистине неограниченных свобод пользователю требуют от него всегда поставлять с программой полный ее исходный код. Такой режим своеобразного общественного достояния без возможности коммерческой эксплуатации прав на свободные программы тем не менее не исключает возможности получения коммерческой выгоды, в частности от продажи носителей со свободным ПО, оказания услуг или поддержки пользователей. Режим GPL, однако, не избавляет пользователей от рисков другого рода: никто не может гарантировать лицензионной чистоты всего полученного кода - вполне может выясниться, что некоторые из "улучшений", внесенных в код свободной программы, были позаимствованы без надлежащего разрешения из других проектов, что делает дальнейшее распространение такой программы в целом незаконным.

Приведенный краткий обзор различных схем поставок программных продуктов с использованием стандартных лицензий дает некоторое представление о разнообразии и неоднородности условий таких сделок. Можно попытаться выделить лишь некоторые общие моменты:

* в отличие от традиционной купли-продажи экземпляров передача материального носителя в таких сделках носит второстепенное значение или полностью отсутствует, программа и обновления к ней вообще могут поставляться по сети;
* использование программы конечным пользователем, как правило, не выходит за рамки внутреннего (в рамках организации и ее аффилированных лиц) использования, пользователь не может извлекать доход от распоряжения имущественными правами на саму программу (традиционные авторские договоры обычно предусматривают передачу прав именно в целях их коммерческой эксплуатации);
* условия лицензионных соглашений стандартизованы и не подлежат согласованию с пользователем и изменению;
* стандартные лицензии могут допускать использование программ сразу несколькими лицами, например несколькими аффилированными организациями (такая многосубъектность также нетипична для авторских договоров);
* программные продукты часто облекаются в форму лицензий, которые присутствуют отдельными строками в прайс-листах поставщиков ПО и сами становятся объектом купли-продажи, при этом конечный пользователь может "покупать" лицензии не напрямую у правообладателя, а у различных посредников;
* лицензии-продукты распространяются иногда в виде программных или аппаратных компонентов технических средств защиты авторского права, и вместо бумажного документа обладатель лицензии может получить некое устройство, ключевой файл, пароль и т.п. Названные особенности, как указывалось выше, не позволяют однозначно квалифицировать все сделки по поставке ПО на основе стандартных лицензий как куплю-продажу товара или как передачу имущественных прав по авторскому договору.

С этим связан определенный род проблем: неоднозначность правовой квалификации сделок ведет к неопределенности в налогообложении и таможенном оформлении объектов сделок. А это, как известно, может повлечь наложение санкций уже со стороны государства.

И в западной, и в отечественной юридической литературе можно встретить различные рассуждения о соответствии такой практики распространения компьютерных программ действующему национальному законодательству.

Насколько юридически корректна форма таких лицензий? Не окажется ли, что различные положения о передаче пользователю широкого диапазона прав окажутся недействительными и пользователя обвинят в нарушении авторских прав (особенно это актуально для таких экзотических форм лицензирования, как GPL)?

В целом можно констатировать, что указанные типы сделок, хоть и являются по форме своего выражения достаточно необычными для российской правовой системы, тем не менее не противоречат российскому законодательству в области интеллектуальной собственности. Это своеобразный смешанный тип договоров, порядок заключения которого и форма определяются на сегодняшний день сложившимися на мировом рынке программного обеспечения деловыми обыкновениями. Надо признать, кстати, что подобная практика положительно сказалась на развитии рынка ПО, поскольку позволила в значительной степени снизить транзакционные издержки при поставке ПО массовым пользователям. Разнообразие схем лицензирования в конечном счете способствует оптимизации затрат на приобретение ПО, что отвечает интересам самих пользователей. Есть надежда, что указанные особенности распространения программ найдут в скором времени отражение в налоговом и таможенном законодательстве, что позволит устранить неопределенность для поставщиков и потребителей программных продуктов.

Судебная практика развитых стран также идет по пути признания юридической силы стандартных лицензий. Показательно в этом отношении дело ProCD, Inc. против Zeidenberg, рассмотренное американским судом в 1996 г.

Истец (ProCD, Inc) разработал справочную систему, в состав которой входила программа управления базой данных. Указанная система предлагалась на рынке в виде двух продуктов: версии на компакт-дисках стоимостью 150 долл., предназначенной исключительно для личного использования частными лицами, а также онлайн-версии, за доступ к которой взималась почасовая оплата.

Ответчик (Zeidenberg) приобрел диски для своего предприятия и в нарушение условий лицензии начал оказывать услуги по предоставлению информации из справочной системы за плату.

Положения о недопустимости использования системы в коммерческих целях содержались в оберточной лицензии, текст которой, однако, помещался не на упаковке программного продукта, а присутствовал лишь в электронном виде на диске. Отсутствие возможности ознакомиться с текстом лицензии до приобретения и установки программы на компьютере явилось одним из основных аргументов ответчика в пользу того, что данная оберточная лицензия не имеет юридической силы и, соответственно, не может устанавливать ограничения на использование им экземпляра программы.

Суд не согласился с доводами ответчика. В своем решении суд, в частности, отметил, что "небольшая часть продаж программного обеспечения сопровождается подробным изучением внешнего вида коробок. Потребитель может разместить заказ по телефону в соответствии с описанием ПО, которое публикуется в каталогах; значительная часть ПО заказывается через Интернет потребителями, которые ранее коробок с этим ПО не видели. Растет доля ПО, которое поставляется по проводам, в этом случае коробка как таковая вообще отсутствует, имеется только поток электронов, набор информации, который включает данные, прикладную программу, инструкции, описание технических ограничений и, наконец, условия приобретения программы. Сама покупка заключается в том, что пользователь получает серийный номер, который активирует функции программы".

В итоге суд признал ответчика связанным условиями оберточной лицензии.

Уже в 2005 г. в деле разработчиков Netfilter против Sitecom GmbH немецкий су[д](http://www.intuit.ru/department/history/law/6/footnote.4.1.htm) признал юридическую силу и применимость условий лицензии GPL. Причем в данном случае ссылка шла на текст лицензионного соглашения, размещенный на сайте GNU на английском языке (при отсутствии официального немецкого перевода). Условия GPL были признаны разновидностью стандартных договорных условий, используемых в деловом обороте, применение которых к отношениям сторон обязательств допускается ст. 306(2) Германского гражданского уложения.

Одной из тенденций развития современного авторского права является, по наблюдениям многих специалистов, распространение специального правового режима, введенного для программ, на любое цифровое содержимое, будь то литературные, музыкальные или аудиовизуальные произведения. Предпосылки для применения гибких схем лицензирования в отношении любых объектов авторского права, выраженных в цифровой форме, в частности, заложены Директивой ЕС от 22.05.01 2001/29/EC "О гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе". Уже сейчас в сети Интернет развиваются сервисы, позволяющие, наряду с приобретением экземпляра произведения (музыкального диска, к примеру), воспользоваться более льготной ограниченной лицензией на загрузку и прослушивание музыкальной композиции определенное количество раз или в течение определенного периода времени.